



Roj: **STS 769/2021 - ECLI:ES:TS:2021:769**

Id Cendoj: **28079120012021100161**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2021**

Nº de Recurso: **2128/2019**

Nº de Resolución: **186/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 20876/2019,**
STS 769/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 186/2021

Fecha de sentencia: 03/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2128/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2128/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 186/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 3 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuesto por **D. Ernesto**, representado por la procuradora D.^a Patricia Rosch Iglesias, y defendido por la letrada D.^a Esperanza Lozano Contreras **y por D. Everardo** representado por la procuradora D.^a Marita López Vilar, y defendido por el letrado D. José Ramón Ventura Arias, y como parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia 42/2019, dictada el 7 de marzo de 2019 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en el recurso de apelación 108/2018 interpuesto por los hoy recurrentes y D. Felix contra la sentencia de 4 de mayo de 2018 dictada en el rollo sumario 2/17 por la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz procedente del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Algeciras, sumario 3/16, por delito contra la salud pública.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Algeciras, incoó sumario 3/16, Diligencias Previas n.º 591/16, en virtud de atestado conjunto del Grupo de UDYCO y del Cuerpo Ejecutivo de Vigilancia Aduanera de Algeciras, contra D. Ernesto, D. Felix y D. Everardo por presunto delito contra la salud pública, se remitió la causa a la Sección de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, n.º sumario 3/16, dictándose sentencia en fecha 4 de mayo de 2018 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Que aparece probado y así se declara que fruto de la actuación conjunta de la Policía Nacional y el Servicio de Vigilancia Aduanera, y teniendo sospechas fundadas de que dos contenedores procedentes de Colombia y depositados el 29/04/16 en la terminal TTI del Puerto de Algeciras pudieran contener sustancia estupefaciente oculta entre las bananas transportadas, se procedió tras la autorización por la Administradora de Aduanas a la apertura y examen de los mismos. Dentro del segundo contenedor n.º TRU805389, en un palé del fondo, marcado con una cruz roja, en el interior de diecinueve cajas de cartón, de las mismas características que las restantes (un total de 2.160 cajas), encontraron bananas de plástico en cuyo interior había una sustancia blanca que dio positivo en cocaína a la prueba de narcotest. Los agentes procedieron a la extracción de la sustancia, que arrojó un peso bruto de 171 kilogramos y a su depósito en las instalaciones de Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera en el puerto de Algeciras; procediendo al precinto de ambos contenedores para su despacho ordinario siguiendo los cauces normales.

Analizada la sustancia intervenida en el Laboratorio de la Subdelegación del Gobierno de Algeciras, resultó ser cocaína, con un peso neto de 153.214,03 gramos y una pureza de 80,4%.

El valor de la sustancia es de cinco millones trescientos diez mil setecientos cuatro euros (5.310.704 €), según la Oficina Central Nacional de Estupefacientes.

Con fecha 3 de mayo de 2016, mediante oficio n.º 106.269/16, se solicitó a Fiscalía por la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, Grupo UDYCO y Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera la circulación y entrega vigilada del contenedor n.º TRU805389, figurando como remitente desde Colombia la compañía Comer Lorenzo Bellido Díaz y Cía LTDA y como destinatario Frutas Marsol S.L., cuyo administrador único es el acusado Everardo, mayor de edad y con antecedentes pena penales no computables a los efectos de reincidencia, con el fin de su seguimiento controlado hasta el lugar de destino y las personas que hubiesen participado en el tráfico ilícito. Seguimiento, que fue autorizado por Decreto del Fiscal Antidroga de Algeciras de fecha 3 de mayo, conforme a lo dispuesto en el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Practicadas gestiones por los efectivos policiales, se tuvo conocimiento de que la empresa Frutas Marsol S.L. había subcontratado a la empresa "Frigoríficos Lozano", sita en el polígono Cortijo Real de Algeciras, para realizar la extracción de la mercancía legalmente declarada de los contenedores, y con otra empresa su transporte hasta las instalaciones de la compañía Frutas Selectas del Sur SL., radicada en la localidad de Lepe (Huelva).

Por parte de los agentes de Comisaría y de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera se procedió al seguimiento de los dos contenedores hasta las instalaciones de Frigoríficos Lozano S.L., situadas en Polígono Cortijo Real de Algeciras, desde allí la mercancía - la relevante para este procedimiento (segundo contenedor donde fue hallada la droga) fue cargada en el camión matrículaQ.K y remolque G...GFG conducido por Marcelino hasta la localidad de Lepe (Huelva), donde llegó aproximadamente a las 20,25 horas, aproximadamente, media hora más tarde que el primer camión, el día 4 de mayo de 2016. Ambos vehículos, tras llegar el acusado Ernesto, mayor de edad y sin antecedentes penales donde se encontraban y seguir sus

instrucciones se desplazaron hasta la nave rotulada con el nombre Frutas Hermanos Rodríguez S.L. donde el propio Ernesto , utilizando una máquina 'fenwich' inició las tareas de descarga de las cajas, procediendo los efectivos policiales a su detención.

Los acusados Everardo (socio único y administrador de la sociedad Frutas Marsol S.L., dedicada a la importación de frutas), Felix , mayor de edad y sin antecedentes penales, transportista de profesión y encargado de poner en contacto al anterior con el acusado no computables a los efectos de reincidencia, con el fin de su seguimiento controlado hasta el lugar de destino y las personas que hubiesen participado en el tráfico ilícito. Seguimiento, que fue autorizado por Decreto del Fiscal Antidroga de Algeciras de fecha 3 de mayo, conforme a lo dispuesto en el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Practicadas gestiones por los efectivos policiales, se tuvo conocimiento de que la empresa Frutas Marsol S.L. había subcontratado a la empresa "Frigoríficos Lozano", sita en el polígono Cortijo Real de Algeciras, para realizar la extracción de la mercancía legalmente declarada de los contenedores, y con otra empresa su transporte hasta las instalaciones de la compañía Frutas Selectas del Sur SL., radicada en la localidad de Lepe (Huelva).

Por parte de los agentes de Comisaría y de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera se procedió al seguimiento de los dos contenedores hasta las instalaciones de Frigoríficos Lozano S.L., situadas en Polígono Cortijo Real de Algeciras, desde allí la mercancía - la relevante para este procedimiento (segundo contenedor donde fue hallada la droga) fue cargada en el camión matrículaQ.K y remolque G...GFG conducido por Marcelino hasta la localidad de Lepe (Huelva), donde llegó aproximadamente a las 20,25 horas, aproximadamente, media hora más tarde que el primer camión, el día 4 de mayo de 2016. Ambos vehículos, tras llegar el acusado Ernesto , mayor de edad y sin antecedentes penales donde se encontraban y seguir sus instrucciones se desplazaron hasta la nave rotulada con el nombre Frutas Hermanos Rodríguez S.L. donde el propio Ernesto , utilizando una máquina 'fenwich' inició las tareas de descarga de las cajas, procediendo los efectivos policiales a su detención.

El acusado Everardo había proyectado y llevado a cabo la importación de la partida de fruta conteniendo la cocaína camuflada y, una vez hubo entrado la mercancía con la droga en el Puerto de Algeciras, ordenó el cambio de destinatario que, en lugar de ser la empresa Grupo Riego S.A. de Madrid, pasó a ser una sociedad con domicilio en Lepe gestionada de hecho por el acusado Ernesto , con la finalidad de que la droga fuera extraída en una nave sita en dicha localidad y utilizada por éste, para su posterior entrega a terceras personas.

El acusado Ernesto , al ser detenido, manifestó a la Policía que el día 1 de mayo de 2016 se había reunido en un hotel de La Palma del Condado con una persona de rasgos árabes y un individuo conocido como "Antonio el Transportista", el cual fue posteriormente identificado por la Policía como el hoy acusado D. Felix . No consta que este último tuviera conocimiento de la existencia de la partida de cocaína ni que, por tanto, tomara o tuviera previsto tomar parte en su transporte o distribución.[...]"

Los dos últimos párrafos fueron modificados por sentencia 42/2019 de 7 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Everardo , como autor responsable de un delito consumado contra la salud pública, en relación con sustancias que causan grave daño a la salud, del art. 368 del Código Penal, con la aplicación de la agravante específica de notoria importancia del art. 369.1.5ª y 370.3 del citado cuerpo legal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de PRISIÓN DE DIEZ AÑOS, MULTA de TRES MILLONES de euros, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y pago de costas procesales; al acusado Ernesto , como autor del delito antes descrito en grado de tentativa, concurriendo en dicho acusado la circunstancia atenuante analógica de confesión tardía, del art. 21.4 en relación con el art. 21.9 del CP, la pena de SEIS AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN, MULTA de TRES MILLONES de euros, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y pago de costas; y al acusado Felix , como cómplice del delito enjuiciado en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de TRES AÑOS Y ONCE MESES DE PRISIÓN, multa de TRES MILLONES de euros, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y pago de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de los efectos intervenidos en la presente causa, salvo que se acredite la legal pertenencia a terceros. Dese a las sustancias estupefacientes intervenidas, el destino legal.[...]"



TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por las defensas de los acusados, dictándose sentencia 42/2019, de 7 de marzo de 2019, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en el recurso de apelación 108/2018, cuyo FALLO es el siguiente:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Felix ; estimando parcialmente el promovido por la representación de D. Ernesto y desestimando el deducido por la representación de D. Everardo , impugnaciones todas ellas dirigidas contra la sentencia dictada por la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz en fecha 4 de mayo de 2018, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar:

1. Mantenemos los pronunciamientos relativos al acusado D. Everardo .
2. Condenamos al acusado D. Ernesto como autor de un delito contra la salud pública en relación a sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, perpetrado en grado de tentativa, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de confesión, a las penas de TRES AÑOS Y SIETE MESES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y MULTA DE DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA MIL EUROS con treinta días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.
3. Absolvemos al acusado D. Felix del delito contra la salud pública que se le imputa, quedando sin efecto el auto de procesamiento en lo que a dicho acusado afecta.
4. En cuanto a las costas procesales de la primera instancia, los acusados D. Everardo y D. Ernesto deberán asumir una tercera parte cada uno, declarándose de oficio el tercio restante.

Declaramos de oficio las costas de esta segunda instancia.[..]"

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de **D. Ernesto y de D. Everardo** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

D. Ernesto

PRIMER MOTIVO.- INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

SEGUNDO MOTIVO: INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

D. Everardo

MOTIVO PRIMERO INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

MOTIVO SEGUNDO INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

MOTIVO TERCERO INFRACCIÓN DE LEY al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts. 14, 28, 368, 369.1.5ª y 370.3 del Código Penal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación de los recursos interpuestos de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 12 de septiembre de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 4 de febrero de 2021 se señala el presente recurso para fallo para el día 2 de marzo del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Ernesto

PRIMERO.- La sentencia objeto de la censura a través del recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en apelación de la dictada por la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz. La sentencia impugnada modifica el hecho declarado probado de la sentencia apelada, en la que se refiere la importación de una partida de plátanos desde Colombia en una de cuyas cajas había



sustituido algunas cajas de fruta por unas bananas de plástico en cuyo interior se alojaba sustancia tóxica, en total 153 kg con una pureza del 80% de cocaína pura. En el relato fáctico, modificado por el Tribunal Superior, se afirma que el acusado, también recurrente, Everardo fue quien proyectó y llevó a cabo la importación y que, una vez entrada en el puerto de Algeciras, ordenó el cambio de destinatario, inicialmente a Madrid, a otro, el acusado hoy recurrente, Ernesto, para que fuera extraída en un local propiedad este último como para su posterior comercialización. Se refiere la intervención de un tercero que ha sido absuelto al no constar su participación en el hecho.

Este recurrente formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración del derecho a un proceso con las garantías debidas. Concreta la impugnación denunciando la vulneración del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regulador de la entrega vigilada. No discute la entrega, ni su oportunidad en el caso, y refiere la jurisprudencia de esta Sala sobre el alcance, contenido y garantías de proporcionalidad que la medida de entrega vigilada exige. Centra el núcleo de su disensión por la aportación al juicio de la orden de Fiscalía que autorizó la entrega vigilada, señalando que esa aportación fue extemporánea y lesiona su derecho al proceso debido.

El motivo se desestima. La sentencia objeto de la casación en la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial. En ambas sentencias se da cumplida respuesta a la queja del recurrente. Tiene razón en la medida que alega sobre la necesidad de acreditar en la causa la autorización de la entrega vigilada, pues como medida de investigación que supone una autorización de libre circulación a productos ilegales y de ilícito comercio y transporte, exige unas especiales cautelas dirigidas a dar cobertura legal a tan excepcional supuesto de autorización, únicamente autorizada por el ordenamiento para favorecer la depuración de los hechos que se investigan. En autos consta que al inicio del juicio oral la defensa cuestionó la falta de autorización, al no obrar en la causa, el decreto de Fiscalía que autorizó la entrega vigilada. Sin embargo, al día siguiente, Fiscalía aportó la documentación pertinente sobre la autorización y este extremo fue objeto de indagación por parte de los funcionarios de policía y del servicio de vigilancia aduanera que participaron en la investigación de los hechos, de manera que el tribunal dispuso en tiempo hábil, de la prueba documental precisa acreditativa de la autorización para permitir el paso de la sustancia tóxica detectada y avanzar en la investigación de sus destinatarios. La acreditación de la existencia de la orden que permitía la circulación de la sustancia tóxicas localizadas fue, por lo tanto, objeto de una profusa actividad probatoria que resulta de los propios funcionarios policiales y del reconocimiento que los acusados han realizado sobre la existencia de la droga, su localización en el barco, y la autorización para su entrega a fin de localizar, no sólo el destinatario que ya era conocido por la documentación de importación, sino también posibles intervinientes en el transporte y destinatarios finales. La documentación de la autorización se aportó tan pronto se advirtió, precisamente por el recurrente, la inexistencia de su documentación aunque en la causa hay continuas referencias a esa autorización

Las alegaciones en torno a la inobservancia de la cadena de custodia de la droga, se desvanecen a partir de los interrogatorios y declaraciones de los distintos intervinientes en las diligencias proporcionando el debido conocimiento y conservación de la droga desde la localización en el barco hasta la intervención, cuando era descargadas del camión por parte de acusado que ahora recurre.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, formalizado por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia afirma la inexistencia de la precisa actividad probatoria, pues el único dato existente para afirmar esa participación en el hecho radica en su detención cuando procedía descargar la mercancía en una nave de su propiedad en la localidad de Lepe (Huelva). Señala, como fundamento de su impugnación, que esa única actividad probatoria, ese único indicio, derivado de la intervención de la droga en el camión y en la nave de su propiedad, admite una pluralidad de inferencias, siendo la más perjudicial la de afirmar que tenía conocimiento de la existencia de la sustancia tóxica y de su participación en hecho delictivo. Sugiere otras posibilidades, como la de haber sido contratado para su transporte a Portugal, y que dejó esa noche el camión aparcado para su descarga al día siguiente, de lo que infiere que no conocía la existencia de la sustancia tóxica en el camión y, por lo tanto, la participación en el hecho de este recurrente.

El hecho probado refiere que este acusado participó en una reunión junto al coacusado Everardo y un tercero, donde decidieron el cambio de destino del camión donde se alojaba la droga. Este recurrente ha sido condenado como autor del delito contra la salud pública, en grado de tentativa, pues no aparece acreditado que hubiere intervenido en importación de la sustancia tóxica, desconociendo las circunstancias típicas que permiten la calificación en la agravación por la extrema gravedad, precisamente por no resultar acreditada su participación en la importación. La acreditación del hecho resulta de la tenencia de la droga, en su ámbito de disposición, la participación en el transporte y en la descarga en la nave de su propiedad, la cual no estaba habilitada para servir de depósito de la misma al no disponer de los "elementos mínimos de electricidad y refrigeración propios para la conservación de productos perecederos". La participación activa de este



recurrente en el transporte y posterior descarga de la sustancia tóxica de una cantidad importante de cocaína, en un local que no está habilitado para la custodia y depósito de la fruta, hace lógico y razonable la acreditación para el tribunal de instancia y para el tribunal de apelación, del conocimiento de la existencia de la sustancia tóxica por parte de este recurrente, único elemento discutido, y a ese elemento de acreditación se llega desde criterios de lógica, derivado de la cantidad e importancia y clandestinidad de este tipo de operaciones, y de reputarse falso, o no creíble, la versión del acusado de depositar la droga, pues la nave de su propiedad donde afirma alojaría la fruta, no estaba en condiciones para esa función a la que el acusado se refirió, al no disponer ni de electricidad ni de aparatos de refrigeración, que por otra parte tampoco los pidió de la nave situada en la cercanía que sí disponía de esos medios. La afirmación de los tribunales, de la instancia y de apelación, es razonable y este tribunal de casación constata esa razonabilidad por lo que el motivo se desestima.

Recurso de D. Everardo

TERCERO- Este recurrente es condenado como autor de un delito contra la salud pública de sustancias tóxicas que causan graves daño a salud, agravado por la notoria importancia y la especial gravedad.

Formaliza un primer motivo por el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, señalando que se ha producido una vulneración del principio de prohibición de la *reformatio in peius*, porque el tribunal de la apelación estimó parcialmente el recurso del recurrente y, sin embargo, mantuvo la penalidad y la calificación jurídica de los hechos. Afirma que la sentencia de la primera instancia condena al recurrente porque participó en una reunión el día 1 mayo 2016, y sin embargo, la sentencia de la apelación señala que no está acreditado su participación en esa reunión y no obstante mantiene la condena por el delito por el que ha sido condenado.

El motivo se desestima. Ciertamente la sentencia de la primera instancia se produjo una contradicción al afirmar, en el hecho probado, la participación de este recurrente en una reunión en la que se decidió el nuevo destino de la mercancía, sin embargo de la fundamentación jurídica cuestiona esa participación. Argumenta que esa participación en la reunión sólo había sido afirmada por el recurrente cuya impugnación hemos examinado con anterioridad. El Tribunal Superior de Justicia, al conocer de la apelación, destaca esa contradicción y, en consecuencia, considera no acreditada la participación activa de este recurrente en esa reunión, pero sí su participación en la importación y dictando la orden, a través de su secretaria, del cambio de destinatario de la droga, inicialmente Madrid, y después el con acusado recurrente. Esas modificaciones las lleva al hecho probado. Ninguna vulneración se produce puesto que lo que la sentencia realiza es una modificación del hecho probado en cuanto al hecho puntual de participación activa en una reunión que finalmente declara probado que no asistió personalmente, aunque sí fue representado.

Ninguna lesión se ha producido al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el que funda la impugnación, pues el tribunal ha dado respuesta la pretensión deducida en el recurso de apelación con el resultado y la calificación jurídica procede.

CUARTO.- En el segundo motivo es impugnación denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Señala que la actividad probatoria es inexistente y, en todo caso, los indicios que tienen cuenta son manifiestamente insuficientes para afirmar la participación en el hecho de este recurrente. No cuestiona los datos objetivos expresados en el relato fáctico, entre los que destaca con especial intensidad el que fuera el recurrente quien realizaba importación de las bananas desde Colombia a través de dos contenedores en uno de los cuales iba alojada la sustancia tóxica. Tampoco cuestiona que fuera el recurrente quien, una vez desembarcados dos contenedores con la fruta, decidiera el cambio de destino, inicialmente una frutería de Madrid, para entregarlo al otro recurrente, extremo que resulta acreditado por las propias declaraciones de la secretaria del acusado que expuso cómo se cambió el destinatario y que el acusado ordenó los cambios y los avisos a los anteriores destinatarios. A partir de esos datos, junto a la documentación sobre la importación de la mercancía por el acusado, la existencia de la droga, y los cambios sobre el destinatario realizándose la descarga en una nave no habilitada para guardar la fruta, hacen razonable el conocimiento de la existencia de la droga y su participación en la importación de la fruta donde se alojaba la sustancia tóxica con conocimiento del acusado

Existió prueba de cargo sobre los hechos y el motivo se desestima.

QUINTO.- En el tercer motivo de su impugnación formaliza la misma por error de derecho denunciando la indebida aplicación, los hechos probados, los artículos 14, 28, 368, 369.1.5 y 370.3 del Código Penal, argumenta el recurrente que en el hecho concurre el error de tipo al desconocer el recurrente la propia existencia de la droga y, por lo tanto la ilicitud de la operación.

La vía de impugnación elegida por el recurrente exige respetar el hecho probado el cual refiere que este acusado "había proyectado llevar a cabo la importación de la partida de fruta conteniendo la cocaína camuflada de una



vez entrara mercancía con la droga en el puerto ordenó el cambio de destinatario... para su posterior entrega a terceras personas". Desde ese hecho probado no concurre el error de tipo que el recurrente invoca como error de derecho y ya hemos señalado en el fundamento anterior que esa afirmación fáctica, que permite afirmar el conocimiento de la existencia de la droga, se apoya en una actividad probatoria practicada en el juicio oral con observancia de las reglas del lógica, de experiencia y de ciencia precisas para declarar correctamente enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Consecuentemente motivo se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Desestimar los recursos de Casación interpuesto por la representación procesal de D. Ernesto y de D. Everardo , contra sentencia de 7 de marzo de 2019 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en el recurso de apelación 108/2018.

2.º) Condenar a los recurrentes al pago de las costas causadas en la presente casación.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

Ángel Luis Hurtado Adrián